

اليوم الاول

قضاء التحكيم مرحلة فى  
قضاء المحاكم او بديل له

المستشار الدكتور  
ابراهيم مصطفى مكارم

جمعية المهندسين  
الدورة التدريبية

---

المنعقدة في الفترة من ٢٠ الى ١/٢٤/١٩٩٠

---

محاضرة

---

قضاء التحكيم بديل لقضاء المحاكم او مرحله فنيه

---

الدكتور / ابراهيم مكارم

تلخيص :

يكشف عنوان هذه المحاضرة عن موضوعها الذى يتناول خلافاً فـى  
الرأى حول الطبيعه القانونيه للتحكيم كوسيله لفض المنازعات فى مجال  
علاقات القانون الخاص .

والتعامل مع المعانى المتقدمه يقتضى تناول مسائل عديده  
البعض منها يقع فيما يمكن تسميته سياسه فض المنازعات وملائماتها  
ومن هذه بيان اهميه التحكيم كظاهرة معاصرة لفض المنازعات فى مجال  
المعاملات التجاريه ، مع تجاوز مقصود عن دعم هذه الاهميه بالاحصاءات  
اللازمه لاجراء المقارنه بين قضاء التحكيم وقضاء المحاكم ، وكذا تـمـهـلـه  
لهذا وتلك من معالجات نبدأ بالتعريف بالتحكيم كمصطلح  
قانونى ، ثم نختتم بعلمها القائم على فحص نظام التحكيم  
فى ضوء ماتقدم من معالجات لنتهى لهمايته الوصف  
المناسب من حيث كونه مرحله من مراحل قضاء المحاكم  
او بديلا لهذا القضاء .

وجميع ماتقدم يتم من خلال الاطار الاتى :

اولا - التعريف بالتحكيم - المصطلح القانونى - وأثر ذلك  
على مسائل التحكيم المختلفه .

من الممكن ان نعرف التحكيم باستخدام ذات عبارات

محكمة التمييز حينما عرفت المحكم بالاتى

- " أن المستقر أن المحكم لا يعدو ان يكون قاضيا "
- " وقع عليه اختيار الطرفين المتنازعين للفصل "
- " فى نزاع محدد بينهم بدلا من قاضى الدولة "
- " الرسمى محكمة توخاها المشرع عندما أقر نظام "
- " التحكيم ووضع الضوابط والقيود التى تجعله "
- " تحت رقابته ، ولذلك لا يمكن ان يكون المحكم "



- " " الا شخصا طبيعيا ويستوى من بعد أن يكون "
- " " محددًا بالاسم في عقد التحكيم أو يتفق عليه "
- " " الطرفان مستقبلا عند قيام النزاع أو تعيينه "
- " " المحكمة عند اختلافها ، ولا يمكن بأي حال "
- " " من الأحوال أن يكون شخصية معنوية كشركة "
- " " أو جمعيه أو هيئه عامة أو مؤسسة عامة "
- " " ودليل ذلك مانعت عليه المادة ٢٥٦ مرافعات "
- " " (قديم ) من انه لا يصح أن يكون المحكم "
- " " قاصرا أو محجورا عليه او محروما من حقوقه "
- " " المدنيه بسبب عقوبه جنائيه ، وهى صفات "
- " " لاترد الا عن الشخص الطبيعى دون الشخص "
- " " المعنوى . ( تمييز طعن رقم ٤٨ - ٧٥ تجارى  
٧٦/١٢/٢٩ - منشور في مجموعه القواعد التى  
قررتها محكمة التمييز فى المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتى  
٧٩/١/١ ص ٩١ ق ١ )

ومن ناحية اخرى نستطيع أن نقدم تعريفا آخر يتفق مع  
التعريف السابق من حيث كونه معنى في عقد أو اتفاق يتم  
بمقتضاه اختيار محكم أو محكمين للفعل في انزعه تطرح عليها  
بمقتضى هذا الاتفاق وفي حدوده ويكون له أو لهم بالمحكمة  
الموضوع من سلطه الفعل في هذه الانزعه .

( تمييز طعن رقم ١٩ - ٧٤ - تجارى ٧٦/٦/٢ - منشور  
المرجع السابق ) .

واذا انتهينا من تعريف التحكيم كمصطلح فانونى  
يثار التساؤل حول الاشار المترتبة على هذا التعريف  
بالنسبه لمسائل التحكيم المختلفه ، ونعنى بمسائل التحكيم  
المختلفه ، سلطه المحكم ، والمسائل الاداريه المترتبة  
بانعقاد هيئه التحكيم ، وضوابط تسبيب حكم التحكيم وجميع ذلك

سيكون لمحاضرات مقبله ، مكتفين فى شأنها بإشاره مضمونها  
أن كون المحكم قاضى يترضاها ابتداء طرفا النزاع ينعكس  
على ماتقدم من مسائل ويرتب من حيث كون المحكم يتولى  
سلطته رضاء على اختلاف مال هذه المسائل عن الوضع بالنسبة  
لقضاء المحاكم ، أما من حيث سلطته كقاضى فى فنى المنازعه  
فقراراه قرار فصل فى منازعه بين خصمين ، وله حجه وقوة  
الشيء المقضى ، ونكتفى بهذا القدر وننتقل الى النقطة  
الثانية من هذه المحاضره ، وهى :

#### ثانيا - التحكيم كوسيله معاصرة لفض المنازعات :

عالجنا فيما تقدم تعريف مصطلح التحكيم ، قهرا لـ  
على ما عرف بالتحكيم التجارى ، وهو ما يرتب أن نستبعد من  
دائرة محاضراتنا التحكيم الدولى العام ، ونعنى بذلك  
التحكيم بين الدول بصفتها كذلك وهو تحكيم يأتى رديفا  
للقضاء الدولى كقضاء محكمة العدل الدوايه أو قضاء محكمة  
العدل الاوربيهة

وانطلاقا من هذه الملاحظه الدوليه ننتقل الى نقطه  
أخرى الا وهى أن التحكيم التجارى قد يكون تحكما تجاريا  
محليا ينشأ فى رحاب قانون وطنى وبين أطراف وطنيه أو اجنبيه  
ولكن ينعقد فى ظل قانون وطنى ، من حيث الاجراءات  
او الموضوع ، وقد يكون تحكما تجاريا دوليا (خاصا)  
وهو بين أطراف متحدى الجنسيه أو مختلفيها ، وقد يكون  
مناسبا لهذا المقام ، أن ننوه بأن صفة الاجنبيه فى تحكيم  
تجارى معين تلحق به بناء على مكان انعقاده لا بناء على  
جنسيه اطرافه أو محكميه لذلك جاءت تسمية اتفاقية  
نيويورك فى شأن تنفيذ احكام المحكمين الاجنبيه المنعقد  
سنة ١٩٥٨ فهى على ما يكشف عنها عنوانها ، قد الحقت  
صفة الاجنبيه بالاحكام لا بالمحكمين .



باختصار ودون ان نستطرد فيما تقدم من تعريفات  
نكتفى بالقول أن ما نعامل معه من هذه المحاضرات هو  
التحكيم التجارى بنوعيه محليا كان أو أجنبيا .

فاذا انتهينا من الجزئية المتقدمه وبقي ان نعالج  
الموضوع الرئيسى فى هذه النقطة ألا وهو مدى أهمية التحكيم  
كظاهرة معاصرة لفض المنازعات ومن هذا الخصوص نذكر أن  
معيار بيان أهمية قاعده قانونيه يتحدد بأكثر من صورة  
ومن ذلك ساحة من تخاطبه القاعده القانونيه من مجموع  
الشركه الانسانيه المتعامله معها ومدى مآلقاه هذه  
الظاهرة من اهتمام السلطات التشريعيه سواء كانت دوليه  
او وطنيه ، وكذا مدى اهتمام الاعلام القانونى بها .

فاذا طبقنا هذه المعايير على ظاهره التحكيم التجارى  
لتبين لنا أنه على كل صعيد بأهمية تفوق أهمية  
نظائره من أنظمه قانونيه ، ويتضح ذلك من الآتى :

اتساع اهتمام الجماعه الانسانيه العامله فى قطاع  
الاعمال بالتحكيم ، واتخاذها له وسيله لفض المنازعات

بيان ذلك يتضح من الآتى :

١ - التجاء رجال الاعمال ، فى مختلف الانشطه التجاريه  
الى التحكيم كوسيله لفض المنازعات ، واذا كانت  
الاحصاءات التى تقدم لنا الخط البياني لتساعد هذا  
اللجوء غائبه فلا شك أن الحس القانونى يؤكد  
هذا الاستنتاج ، ومن ناحيه أخرى فان غياب تلك  
الاحصاءات لا يمنع من امكان الحصول عليها .

٢ - هذا الكم من الدورات التدريبيه والمؤتمرات العلميه  
المنعقدة للعديد من المتخصصين من كل فرع من فروع  
الهندسه والقانونيين ورجال الاعمال بعصفه عامه .

ومن ذلك ولاشك فيه دورتنا الحالية ، وكذا ما تنظمه  
كلية حقوق جامعه الكويت سنويا في هذا الشأن ، وايضا في  
شأن المؤتمرات أن هناك اكثر من مؤتمر ينعقد في الدول  
العربية عن التحكيم التجارى سنويا بعضها ينعقد  
باشراف جهاز ذات طبيعه دوليه كاتحاد المحامين الدوليه  
وبعضها باشراف افراد .

#### اهتمام السلطات التشريعية الوطنيه والدوليه بهذه الظاهرة:

والامثلة على هذا الاهتمام من الكثره ولكن نكتفي  
الى الاشاره الى اتفاقيه تنفيذ احكام المحكمين الاجنبيه  
المنعقد في نيويورك سنة ١٩٥٨ والتي انضمت اليها الكويت  
سنة ١٩٧٨ . . . . . وجرى تطبيقها أمام القضاء الانجليزى  
في نزاع خاص بالمطار القديم بين حكومه دوله الكويت  
والمكتب الهندسى العائد لسير فردريك ستين - - - - -

وحيث انتهى هذا القضاء الى تطبيقها على النزاع  
المذكور ورغم صدور حكم المحكم الكويتي ( الاجنبى بالنسبة  
للمملكه المتحده ) قبل انضمام دوله الكويت اليها ، على  
تفصيل في ذلك ليس هنا موضعه .

ومن امثله الاهتمام الدولى . . . . . وكذلك ما صيغت  
لجنه الامم المتحده لقانون التجاره الدوليه من نظام للتحكيم  
المعروف باسم UNCITRAL وكذلك اتفاقيه فض منازعات  
الاستثمار بين الدول ومواطنى الدول الاخرى التى وصفها البنك  
الدولى للانشاء والتعمير سنة ١٩٦٥ والتي دخلت حيز التنفيذ  
سنة ١٩٦٦ . . . . . وكذلك اللجنه الامريكى للتحكيم التجارى -  
المنشأ سنة ١٩٣٤ ، وكذلك هيئه تحكيم غرفه التجاره الدوليه



بباريس ٢٢ التى نشأت منذ ماينيف على اربعة عقود  
وجميع تلك الهيئات هى ماجرى المصطلح على تسميتها التحكيم  
المنظم بالمقابل للتحكيم العارى AD HOC •

اما من ناحيه اهتمام السلطات التشريعيه الوطنيه فلا  
شك أن الباب الثانى عشر من قانون المرافعات المدينه  
والتجاريه يقدم نموذجا لهذا الاهتمام •

#### \* اهتمام الاعلام القانونى بهذه الظاهرة :

يكشف هذا الاهتمام العدد الكبير من المؤلفات التى  
تناولت التحكيم باللغات الاجنبيه ، ويضاف الى ذلك هذا  
الرقم من المؤتمرات المهنية التى تدور حول التحكيم ، واحصاء  
مثل هذه المؤتمرات ، وتلك المؤلفات من المعويه ولكن  
يمكن اعطاء بعض امثله لها مما سبق الاشاره اليه من مؤتمرات  
اتحاد المحامين الدولى •

#### ثالثا - تحديد موضع التحكيم التجارى من النظام القضائى :

نتناول هذه الجزئيه سلب موضوع هذه المحاضره وقبيل  
الخوض فيه لابد من الاشاره ان عنوانها وان شاركت فيه الا أنه  
ليس بالضروره يكشف عن مسار الرأى فى توصيف نظام التحكيم  
اذ جرى اختيار هذا العنوان تقيدا بادبيات لغة القانون  
التي لم تسمح طرح كل التساؤلات الممكنه من خلال العنوان  
ذلك لان التساؤل حول ما اذا كان قضاء التحكيم بديلا  
لقضاء المحاكم قد يرتب مظنه ان القضاء الاول خسيما للقضاء  
الثانى أو مواز له بحيث لا يلتقيان كالقضاء الادارى فحدول  
ثنائيه جهات القضاء ( مجلس الدوله الفرنسى والمصرى مثلا )  
اما اذا قعد بكونه بديل مذهب اليه حكم التمييز السابق



الإشارة إليه من حيث كون المحكم قاضي ينباره طرفا اتفاق  
أو منازعه ليفعل فيها وله فيها سلطات القاضى تحت رقابة  
المشرع والمحاكم فهو من هذه الناحية بديل الى مرحلة  
وفى حدود ، وليس على وجه الإطلاق ، وكذلك من ناحية أخرى  
إذا كان <sup>كل منازعة</sup> ~~قاضي منازعه~~ يكونه مرحلة من مراحل التقاضى انه لابد  
من البدء به قبل نظر المنازعة من قاض المحكمة فهو قول  
مردود عليه بأن التحكيم نظام استثنائى فهو من هـــــ  
الناحية قد يتنازل عنه الاطراف <sup>مراعاة</sup> او ضمنا اذ تم نظر  
الموضوع بدايه من قبل المحكمة ، وهو من ناحية اخرى ان ،  
تمسك به الخصوم .. امتنعت المحكمة عن نظر النزاع  
الذى ينتظمه ، فهو من هذه الناحية لايمكن أن يكون مرحلة  
من مراحل التقاضى ، مالم يكن طرفان قد اتفقا على  
استثنائه وحينئذ يكون بمثابة قاضى اول درجة فهو  
بديل لمحكمة أول درجة .. ولكن درجة من درجات النظام  
القضائى ، بعباره أخرى ان <sup>توصيف</sup> لنظام التحكيم ترتيبا  
بالنسبة لقضاء المحاكم مسأله نسبية اذ المطلق لا وجود له فى أى  
علم انسانى .

على ضوء هذه الجدليات وفى اطارها وباستقراء <sup>تعمري</sup>  
باب التحكيم فى قانون المرافعات المدنية والتجارية  
من حيث ~~قصر~~ها التحكيم على مسائل معينه حسب الامـ  
العام وعزل المحاكم عن نظر مايتفق على التحكيم فيـه  
نستطيع ان نعرف قضاء التحكيم بالآتى :

بانه جزء من النظام القضائى لمحاكم نظام قانونى معين  
يتحدد دوره من حيث كونه بديلا لبعض درجات المحاكم او مرحلة  
لبعضها بالقواعد المنظمة للنظام القضائى المذكور .

تلك هي الخلاصة التي نبدأ منها والتي نتعامل  
بمقتضاها مع المحاضرات المقبلة دون معارضة  
لأى اتجاه آخر قد يتجه اليه استاذنا الدكتور وجدى راغب  
إذا جاء رأيه مخالفا لهذا الاتجاه .